



Processo nº 10380.722328/2015-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-005.664 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 14 de setembro de 2021
Recorrente EBENEZER SERVICOS CONTABEIS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

NULIDADE

São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo Jose Luz de Macedo e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se Auto de Infração do Simples Nacional (e-fls. 02/56), relativo a tributos abrangidos pelo regime simplificado (IRPJ, CSLL, COFINS, PIS, CPP) durante o ano-calendário 2010, cujo crédito tributário, lançado em 26/03/2015, perfaz o montante consolidado de R\$ 6.159.792,92. Observo que o relatório da Decisão Recorrida (e-fls. 209 e ss) reporta-se a auto de infração relativo ao ano calendário 2012, mas nas folhas em que constaria a autuação (e-fls. 02/56) confirma-se que o lançamento refere-se ao ano calendário 2010.

De início importante destacar o que se reporta no Acórdão da DRJ (e-fl. 209 e ss): que o presente auto de infração já havia sido efetuado e impugnado em outros autos (do processo 10380.726258/2014-70). Mas que a Unidade de Origem percebeu um erro: o regime de

tributação do primeiro lançamento deveria ter sido o Simples Nacional, pois o contribuinte estava, naquele ano de 2010, obrigado ao Simples Nacional. E que somente a partir de 1º/01/2013 o contribuinte foi excluído do Simples Nacional. A partir desta constatação, a mesma Unidade de Origem emitiu Despacho de Cancelamento do auto de infração e emitiu outro, o que instrui este processo (10380.722328/2015-00). Por bem reproduzir o litígio, reproduzo o relatório da decisão recorrida nestes autos:

1. Trata o processo de impugnação contra Auto de Infração do Simples Nacional (fls.2/56), relativo a tributos abrangidos pelo regime simplificado (IRPJ, CSLL, COFINS, PIS, CPP) durante o ano-calendário 2012, cujo crédito tributário, lançado em 26/03/2015, perfaz o montante consolidado de R\$ 6.159.792,92 a seguir discriminado:

Ente Federativo	Imposto/Contribuição	Multa	Juros Mora (*)	Total
IRPJ	União	136.894,30	205.341,47	58.679,65 400.915,42
CSLL	União	133.368,33	200.052,52	57.162,42 390.583,27
COFINS	União	408.607,59	612.911,41	175.132,85 1.196.651,85
PIS	União	96.440,61	144.660,94	41.343,69 282.445,24
CPP	União	1.327.840,72	1.991.761,12	569.595,30 3.889.197,14
TOTAL		2.103.151,55	3.154.727,46	901.913,91 6.159.792,92

(*) juros de mora calculados até 03/2015

2. Conforme Termo de Constatação às fls.57/60, que é parte integrante do Auto de Infração, a empresa foi selecionada para fiscalização devido a movimentação financeira incompatível com as receitas declaradas no ano calendário de 2010.

3. A fiscalização informa que a empresa era optante do Simples Nacional e apesar da movimentação bancária em valores expressivos, não apresentou declaração anual do Simples Nacional no período.

4. Após ser intimada a apresentar livros, documentos e prestar informações e esclarecimentos, em 18/03/2014, o contribuinte, por intermédio de seu procurador, informou que empresa tinha encerrado suas atividades em 2011 e toda documentação tinha ficado em poder do contador, que não foi localizado. Diante disso, a fiscalização solicitou emissão de requisição de movimentação financeira para o Banco do Brasil e o Banco Bradesco e, de posse dos documentos apresentados pelos bancos, intimou o contribuinte a apresentar documentação relativa as suas operações financeiras e prestar esclarecimentos para movimentação financeira tão elevada no período.

5. No entanto, não tendo a empresa atendido ao solicitado, em julho de 2014, a fiscalização lavrou auto de infração do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, objeto do processo 10380.726258/2014-70. A ciência do referido Auto de Infração ocorreu em 25/07/2014 por meio de seu procurador e em 25/08/2014 foi apresentada impugnação.

6. Ocorre que, posteriormente a emissão do Auto de Infração, constatou-se erro de fato no lançamento do tributo, uma vez que a empresa tinha sido excluída de ofício do Simples com efeitos somente a partir de 01/01/2013. Assim, foi proposta revisão de ofício do lançamento conforme informação fiscal de fls.65/68 e proferido despacho decisório (fls.64.) pela DRF/Fortaleza decidindo pelo cancelamento do Auto de Infração formalizado no processo 10380.726258/2014-70 e determinando a reabertura da fiscalização. O contribuinte tomou ciência da referida decisão em 18/11/2014 através de seu procurador e em 18/08/2015 a 3^a Turma da DRJ/SPO reconheceu a perda de objeto da impugnação apresentada sendo o processo devolvido à Delegacia de Jurisdição do contribuinte para implementação das medidas cabíveis.

7. Reaberta a fiscalização, o contribuinte foi intimado a apresentar livros, documentos e prestar informações e esclarecimentos conforme especificado no Termo de Início de Fiscalização de fls.61/62, cuja ciência ocorreu por intermédio do seu procurador em

12/02/2015. Em 16/03/2015, não tendo o contribuinte atendido ao solicitado, novamente foi intimado, através do Termo de Intimação Fiscal nº 1 de fl. 63, a apresentar os livros e documentos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, sendo ressalvado que a falta de atendimento ao solicitado implicaria na lavratura de auto de infração com base nas informações constantes dos extratos bancários obtidos por meio das RMFs do Banco do Brasil e do Banco Bradesco. Em 24/03/2015, em resposta ao Termo de Intimação, a empresa declarou que "em função de estar com suas atividades paralisadas não foi possível localizar a documentação solicitada" (fls.73).

8. Diante disso, a fiscalização lavrou Auto de Infração pela sistemática do Simples (fls.2/56), com base nos depósitos bancários de origem não comprovada, cuja ciência ocorreu em 07/04/2015, conforme Termo de Encerramento de fls. 184/185.

9. Em 06/05/2015, o contribuinte apresentou impugnação de fls.188/200, que se resume a seguir:

a. Inicialmente protestou pela tempestividade da impugnação apresentada;

b. Na seqüência, defende a nulidade do lançamento com base em movimentação financeira pois os valores ingressados em sua conta-corrente não correspondem a renda auferida pelo contribuinte, mas sim de outras empresas e, por isso, o IRPJ não poderia ser lançado como pretendido pela autoridade fiscal;

c. Esclarece que a Ebenezer compõe um grupo empresarial voltado para a prestação de serviços e que todo ingresso de valores em suas contas bancárias seria proveniente de contraprestação de serviços prestados pelas demais empresas que compõem o grupo empresarial, cabendo a Ebenezer somente administrar tais valores;

d. Discorre sobre a diferença entre renda e movimentação financeira. Cita a Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, entendimentos do antigo Conselho de Contribuintes e jurisprudências;

e. Requer a necessidade de perícia, com respaldo no Princípio da Verdade Material, para comprovação de que os valores ingressados nas contas bancárias da Impugnante não correspondiam a renda por ela auferida, mas sim de terceiros;

f. Alega que a multa qualificada aplicada não converge com a realidade fática pois não houve qualquer tentativa de fraude do contribuinte e por isso requer a desconsideração da mesma. Cita jurisprudências;

g. Ao final, requereu que fosse declarado nulo o Auto de Infração lavrado ou, alternativamente, a realização de perícia, conforme exposto.

10. É o relatório.

A DRJ apreciou a impugnação ao segundo auto de infração (e-fls. 02/56 destes autos e decidiu) rejeitar a preliminar de nulidade, indeferir o pedido de perícia e, no mérito, julgar improcedente a impugnação para manter integralmente as exigências de IRPJ-Simples, CSLL-Simples, PIS-Simples, COFINS-Simples e CPP-Simples, com respectivas multas e juros, em resumo:

(...) no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

(...)

Nesses termos, somente os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa implicariam nulidade do lançamento. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

(...)

Conforme Termo de Constatação (fls.57/60), a empresa EBENEZER SERVICOS CONTABEIS LTDA era optante do Simples Nacional no período entre 01/07/2007 a 31/12/2012 e, apesar de sua movimentação bancária em valores expressivos, não apresentou declaração anual do Simples Nacional no período.

(...)

Não tendo o contribuinte comprovado a origem dos recursos creditados em suas contas, após sucessivas intimações, a fiscalização procedeu ao lançamento com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que trata da presunção legal de omissão de receitas caracterizada por depósitos de origem não comprovada, aplicável também às empresas optantes do Simples Nacional, nos termos regulados pelo art. 34 da LC nº 123/2006. Ressalte-se que a empresa não apresentou DASN no período.

(...)

Com relação aos julgados administrativos trazidos em defesa, tem-se que tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, nos termos do inciso II do artigo 100 do CTN, mesmo que proferidas por órgãos colegiados.

(...)

Quanto ao pedido para produção de prova pericial, cabe registrar que à impugnante foi dada ampla oportunidade de produção de provas e de defesa ainda na fase de fiscalização.

(...)

A autoridade fiscal corretamente aplicou a multa de 150% aos créditos relativos aos depósitos bancários sem origem comprovada, a qual justifica-se pela presença de sonegação e encontra-se tipificada no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96 e Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964

(...)

Cientificada da decisão em 08/11/2017 (e-fls. 227), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 05/12/2017 (e-fls. 230), em que repete os argumentos de impugnação,

destaca o rogo para que seja declarada a improcedência do lançamento por erro na metodologia empregada. Aduz ainda:

(...)

Trata-se de Auto de Infração lavrado por arbitragem, tendo em vista a suposta omissão de receita decorrente da movimentação financeira da empresa, sendo apurado o valor total de R\$ 6.159.792,92, referente aos seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e CPP. Frisa-se, Nobre Julgador, que o contribuinte era optante do Simples Nacional.

A autuação foi baseada exclusivamente na movimentação financeira da empresa.

Para o melhor deslinde do caso, é importante informar que, como relatado, o Auto de infração, inicialmente, foi lavrado sob o nº 10380.726258/2014-70, como se a empresa fosse optante do regime de Lucro Presumido, e impugnado pelo contribuinte na época. Após a impugnação, o auditor autuante constatou que a empresa era optante do Simples Nacional. Entendendo, desta forma, por proceder a anulação da autuação, vislumbrando o erro de fato.

(...)

Como tratado e narrado no Termo de Constatação Fiscal, o auditor se utilizou de prova colhida nos autos do processo nº 10380.726258/2014-70, qual seja extratos bancários recebidos de instituições financeiras. Fato este que pode ser comprovado por meio da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeiras nº 03.1.01.00-2014-00017-9 e 03.1.01.00-2014-00018-7, datadas de 21 de Março de 2014, ou seja, anterior à reabertura da fiscalização, constantes nas fls. 76 e 77 deste processo.

Ora, Ilustres auditores, como pode ser admissível o uso de uma prova emprestada de uma processo que foi declarado nulo de ofício pela própria autoridade lançadora?

(...)

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e cumpre as demais condições de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Apesar de não concordar com o dispositivo da decisão recorrida, concordo quando defende o fundamento competente para sustentar a nulidade da autuação. Sustenta acertadamente a decisão recorrida que no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade estão previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Ou seja, para o que interessa para o julgamento do procedência do lançamento destes autos, e a correção ou não da decisão recorrida, segundo o art. 59 citado, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente. E segundo o art. 60 citado, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio

A decisão recorrida decidiu que não seria nulo o lançamento, pois competente a autoridade fiscal para rever de ofício a primeira autuação. De certo que o art. 145, III, combinado com o art 149, VIII, do CTN prevê hipótese em que é possível que a autoridade administrativa corrija erro de fato da própria administração.

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

(...)

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

Mas a aplicação de tal prescrição somente se aplica se a autoridade administrativa ainda detiver a competência para a revisão. Conforme prevê o Art. 145, I do CTN, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo pela autoridade competente para tal. Ou seja, se houve impugnação, a autoridade competente para a revisão do lançamento é a autoridade julgadora, segundo as normas do PAF (Decreto 70235/72), e não a autoridade lançadora.

No mesmo sentido prescreve ao art. 14 do Decreto 70235/72

(...)

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Desta forma não poderia a autoridade administrativa rever de ofício o lançamento (autos do processo 10380.726258/2014-70) já notificado ao recorrente (para o qual este apresentara impugnação) para mudar o critério jurídico, tendo-se em vista que no primeiro lançamento não utilizara a sistemática do simples na autuação. E só após a impugnação, percebeu a autoridade administrativa que para o ano calendário 2010 o contribuinte permanecera no Simples nacional, só dele sendo excluído após 01/01/2013.

Ou seja, não era competente a DRF Fortaleza para rever de ofício o lançamento impugnado através da Informação Fiscal de fls.65/68 e proferir despacho decisório (fls. 64.) decidindo pelo cancelamento do Auto de Infração formalizado no processo 10380.726258/2014-70.

Por subsumir-se na hipótese do art. 59, I, do Decreto 70235/72, é nulo por vício material o segundo lançamento.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa